

LA PERSISTANCE DES CODES FASCISTES À L'AVÈNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE ITALIENNE

Elio TAVILLA

Professeur à l'Université de Modène et Reggio de l'Émilie

Comme on le sait, l'Italie a maintenu les quatre codes qui avaient été conçus, promulgués et mis en vigueur pendant les années du régime fasciste : code pénal et code de procédure pénale de 1930, code civil et de procédure civile de 1942¹. Parmi ceux-ci seulement le deuxième, celui de la procédure pénale, a été substitué avec un nouveau code, en 1989. Et donc, bien que modifiés et plusieurs fois réformés, trois codes provenant de la période de la dictature de Mussolini sont actuellement en vigueur en Italie. Le choix de maintenir les codes fascistes a été débattu déjà à la fin de la guerre, ou même avant, après la chute de Mussolini, en juillet 1943, avant que l'Italie ne fût coupée en deux suite à l'offensive des Alliés contre les forces allemandes occupantes. Mais en 1945, avec le premier gouvernement du Comité de Libération Nationale, se posa tout de suite le problème de l'abolition totale ou de la simple révision de la législation fasciste et, en particulier, des codes².

Au cours du débat ouvert au lendemain de la Libération, se posait comme question préliminaire la nature fasciste ou non des codes de 1930-1942 : plus exactement, il s'agissait de comprendre si l'idéologie fasciste avait imprégné les codes et, dans ce cas, à quel niveau de profondeur, ou, au contraire, si les codes étaient restés substantiellement imperméables à cette idéologie et, dans ce cas, comment cela était possible³. Naturellement, il fallait distinguer aussi la typologie des codes : le code civil et le code pénal, puisqu'ils représentaient deux différents domaines de l'ordre juridique et répondaient à deux différentes exigences de l'État, posaient des problèmes différents quant à leur perméabilité ou non au fascisme.

1 Carlo GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, Rome-Bari, Laterza, 1985, pp. 213 et suiv. ; Antonio PADOA-SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, 2^{ème} éd., Bologne, il Mulino, 2007, pp. 630-638 (1^{ère} éd., Bologne, il Mulino, 2016, *ibidem*).

2 Cf. Giuseppe NAPPI, « Abolizione o riforma dei codici ? », *Monitore dei Tribunali*, 86.1 (s. IV), p. 29.

3 Il faut renvoyer aux études de Paolo CAPPELLINI, « Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28, 1999, pp. 175-282, et d'Ernesto DE CRISTOFARO, « Giuristi e cultura giuridica dal fascismo alla Repubblica (1940-1948) », in *Laboratoire italien. Politique et société*, 12 *La vie intellectuelle entre fascisme et République 1940-1948*, 1. *Cultures*, 2012, pp. 63-80 (URL : <https://journals.openedition.org/laboratoireitalien/637>).

Pour justifier la substantielle imperméabilité du code civil, le formalisme provenant du Pandectisme⁴ (le même formalisme dont nous parle Paolo Alvazzi⁵) avait déjà bien préparé les choses. Celui-ci se traduisait – pour utiliser les mots d'un des plus grands civilistes italiens du XX^e siècle, Salvatore Pugliatti⁶, dans un essai de 1950 – en une « géométrie raréfiée de formes conceptuelles liées en un système élaboré, capable, au moins en apparence, d'accueillir n'importe quel contenu », une tendance qui « permet aux juristes d'opposer une barrière formelle aux tentatives réitérées, de plus en plus pressantes, de vexation ... »⁷, en réalisant l'« autodéfense de la science juridique »⁸. L'historien du droit qui a étudié le plus en profondeur ces problèmes, Paolo Cappellini, a parlé en ce sens d'une « méthodologie illusoire d'auto-immunisation, marquée au fond par une vision élitiste et aristocratisante de l'isolement de la science »⁹. Sur cette base, après la guerre, il a été possible d'affirmer que le fascisme n'avait pu contaminer le code, surtout de droit civil¹⁰, et que, par conséquent, le code aurait pu être utilisé même dans le nouvel État démocratique, à l'exception de quelques parties ou articles à abroger ou à modifier.

4 Cf. Cesare SALVI, « La giusprivatistica fra codice e scienza », dans Aldo SCHIAVONE (dir.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Rome-Bari, Laterza, 1990, pp. 235-237.

5 Voir Paolo ALVAZZI DEL FRATE, « La 'reconstruction' du droit public européen après la Grande Guerre : institutionnalisme et anti-formalisme en Italie », ici dans le même volume.

6 Paolo GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, Milan, Giuffrè, 2002, pp. 95 et suiv. ; Id., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milan, Giuffrè, pp. 7 et suiv. ; Vincenzo SCALISI, « Salvatore Pugliatti », dans Paolo CAPPELLINI, Pietro COSTA, Maurizio FIORAVANTI, Bernardo SORDI (dir.), *Il contributo italiano alla storia del pensiero – Diritto*, Rome, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2012, pp. 712 et suiv. ; Angelo FEDERICO – Francesco MACARIO, « Pugliatti, Salvatore », dans Italo BIROCCHI, Ennio CORTESE, Antonello MATTONE, Marco Nicola MILETTI (dir.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, Bologne, il Mulino, 2013, II, pp. 1633-1637.

7 Salvatore PUGLIATTI, « La giurisprudenza come scienza pratica », *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 4, 1950, p. 50 : « la scienza giuridica presentò due diversi aspetti : quello di una irrazionale incontrollata apologetica, vacua e monotona, che traduceva in termini diversi la retorica dei dirigenti politici ; e quello di una rarefatta geometria di forme concettuali legate in un elaborato sistema, capace almeno in apparenza, di accogliere qualsiasi contenuto. Codesta seconda tendenza consentì ai cultori della scienza giuridica, di opporre una barriera formale ai reiterati e sempre più insistenti tentativi di sopraffazione da parte dei neofiti entusiasti dell'altra maniera ».

8 Ivi, p. 51 : « ... il primo compito che i giuristi di tale tendenza si addossarono e riuscirono ad attuare fu, rispetto al risultato finale, più importante del secondo, poiché con quello si realizzava l'autodifesa della scienza giuridica... ».

9 Paolo CAPPELLINI, « Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime », *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28, 1999, p. 183 : « ... illusoria metodologia di autoimmunizzazione, in fondo improntata a una visione elitistica e aristocratizzante della separatezza della scienza, che poteva senza difficoltà accomunare sia i rappresentanti della corrente crociana o più in generale dell'immanentismo idealistico, sia gli esponenti del 'formalismo democratico' ... ». E. DE CRISTOFARO parle également d'un « rifugiarsi in un concettualismo geometrico, che arriva persino ad avanzare un parallelismo tra la traduzione in termini logici della legge di gravità e il mondo dei fenomeni giuridici » (« Giuristi e cultura giuridica dal fascismo alla Repubblica [1940-1948] », *op. cit.*, p. 3 de l'extrait *on-line*), en évoquant un célèbre débat entre les juristes Salvatore Pugliatti et Arturo Carlo Jemolo entre les années '30 et '40.

10 GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, *op. cit.*, affirme que la « resistenza e la sostanziale impermeabilità ad ogni contaminazione ideologica e politica del tecnicismo caratterizzante la materia privatistica – resistenza e impermeabilità esaltate di fatto in quella visione asettica e formalistica del fenomeno giuridico propria della cultura italiana, sempre tesa a respingere ogni contaminazione tra questo e le realtà metagiuridiche o pregiuridiche – avevano, quindi impedito al fascismo di egemonizzare il codice plasmandone principi e contenuti a sua immagine e somiglianza ». Voir aussi Giovanni CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milan, Giuffrè, pp. 168-169.

Le paradoxe de cette tendance interprétative est bien souligné par un autre historien du droit italien, Giovanni Cazzetta, qui, à ce propos, parle d'une représentation « si simple qu'elle peut apparaître banale : la politique fasciste avait tenté d'attaquer la pureté, l'"essence" du droit en ses "évolutions naturelles" » ; mais une telle représentation – paradoxale, précisément – « laissait dans l'ombre les croisements, les confluences et, avec eux, les transformations globales du droit... reflétées dans le nouveau Code »¹¹.

En réalité, on peut légitimement avoir des doutes sur la neutralité scientifique du code civil de 1942. Les doutes pouvaient dériver de certaines pétitions de principe explicites et sans équivoque du ministre de la Justice Dino Grandi, qui, dans un discours de 1940 intitulé *Tradition et révolution dans les Codes mussoliniens*¹², affirmait : « La politique est la vie du Droit [...]. Le Droit n'est pas fait seulement de schémas et de catégories logiques substantiellement immuables ». Et en effet, l'empreinte de l'idéologie fasciste peut être reconnue, par exemple, dans l'alinéa 3 de l'article 1, qui parle des « limitations à la capacité juridique dérivant de l'appartenance à certaines races », par référence aux lois raciales de 1938¹³ ; ou dans le numéro 1 de l'article 2295, qui envisageait l'indication de la race dans l'acte constitutif d'une société en nom collectif¹⁴. Mais, surtout, il y avait la Charte du travail, promulguée en 1927, cette sorte de constitution économique du fascisme, dans laquelle la prééminence de l'intérêt de l'État aurait dû ressouder les intérêts divergents des entrepreneurs et des travailleurs, dans le cadre d'un corporatisme qui était une des colonnes de l'autoritarisme fasciste¹⁵. L'article 1 de la Charte du travail, Charte censée incarner l'ordre juridique de l'État fasciste, disposait ce qui suit :

« La Nation italienne est un organisme ayant buts, vie, moyens d'action supérieurs par puissance et durée à ceux des individus divisés ou rassemblés qui la composent.

Elle est une unité morale, politique et économique qui se réalise intégralement dans l'État fasciste »¹⁶.

Il n'est donc pas erroné d'affirmer que, pour le régime, le code civil de 1942 était destiné à donner vie et articulation juridique aux principes de la Charte de 1927 : cir-

11 Giovanni CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Turin, Giappichelli, 2011, p. 86 : « La rappresentazione era così semplice da apparire banale : la politica fascista aveva tentato attaccare la purezza, l'"essenza" del diritto nelle sue "naturali evoluzioni" ; i giuristi però avevano però proposto un'insuperabile difesa tecnica dei loro principi. Una tale rappresentazione riusciva a mettere a fuoco solo le posizioni estreme presenti nel dibattito e lasciava in ombra gli incroci, le confluenze, e con esse le complessive trasformazioni del diritto che, da punti di vista diversi, tutti vedevano comunque riflesse nel nuovo Codice ».

12 Dino GRANDI, *Tradizione e rivoluzione nei codici mussoliniani. Discorso pronunciato in occasione del Rapporto tenuto dal Duce alle Commissioni per la Riforma dei Codici il 31 gennaio 1940-XVIII a Palazzo Venezia, Rome, Tipografia delle Mantellate, 1940, p. 11* : « La politica è la vita del diritto [...]. Il Diritto non è fatto solo di schemi e di categorie logiche sostanzialmente immutabili ».

13 Cod civil (1942), art. 1.3 : « Le limitazioni alla capacità giuridica derivanti dall'appartenenza a determinate razze sono stabilite da leggi speciali ».

14 C.c., art. 2295 : « L'atto costitutivo della società deve indicare : 1) il cognome e il nome, il nome del padre, il domicilio, la cittadinanza e la razza dei soci... ».

15 Cf. Irene STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milan, Giuffrè, 2007.

16 *Carta del lavoro* (approuvée par le Grand Conseil du Fascisme le 21 avril 1927).

constance très évidente dans la partie du code consacrée au travail et à l'entreprise (livre 5). Mais il y a plus : la loi du 30 janvier 1941, numéro 14, donnait une valeur juridique obligatoire à la Charte du travail, qui devait précéder le code civil en fonction de ces « principes généraux de l'ordre juridique de l'État »¹⁷, lequel, selon l'article 12, deuxième alinéa, des lois préliminaires du code civil, constitue un critère interprétatif des lois, à titre subsidiaire après l'analogie, dans le cas où « la controverse ne peut être décidée avec une disposition précise »¹⁸. Il n'y a pas de doute que l'État dont l'ordre juridique est rappelé par ledit article 12 est précisément celui de l'État fasciste¹⁹.

Il est vrai que l'ordre corporatif évoqué par les articles 5, 6 et 7 des lois préliminaires du code a été abrogé tout de suite (décret royal du 9 août 1943 n. 721), quelques jours après la destitution de Mussolini (25 juillet 1943), et que l'année suivante, en 1944, les organisations syndicales fascistes ont été supprimées (décret législatif du Lieutenant 23 novembre 1944 n. 369). Mais il est vrai aussi que précisément la Charte du travail et l'ordre corporatif permirent à certains juristes, au lendemain de la guerre, d'identifier une ligne de continuité capable de rendre le code civil fasciste compatible avec l'esprit de la nouvelle république constitutionnelle. Celui qui a insisté davantage sur l'élément de la continuité est Filippo Vassalli, le juriste romaniste et civiliste qui avait été appelé par le ministre de la Justice Grandi à guider la rédaction du code²⁰. Ce rôle problématique justifie probablement la position de Vassalli, favorable au maintien du code civil, bien entendu avec des abrogations et des modifications, à l'intérieur de l'ordre juridique républicain. La ligne de continuité identifiée par Vassalli était la tension sociale et "solidariste", qui, à son avis, n'était pas une caractéristique de l'ordre économique et juridique fasciste, mais une tendance générale reconnaissable dans beaucoup d'états européens du XX^e siècle, avec la vocation d'exalter la fonction sociale de l'État et du droit pour la protection des couches sociales les plus faibles²¹.

Cette interprétation, différemment de celle de Pugliatti, désavouait le caractère formel et neutre du droit privé en lui donnant la vie palpitante de la politique et de l'économie : Vassalli voyait un lien entre l'esprit étatique et solidariste de la Charte du travail et l'exigence d'égalité sociale de la constitution républicaine²². C'est dans cette direction que se situent les positions de juristes très différents entre eux, comme par exemple Emilio Betti, juriste ouvertement fasciste²³, et Piero Calamandrei, un des

17 Art. 1 : « Le Dichiarazioni della Carta del Lavoro costituiscono principi generali dell'Ordinamento giuridico dello Stato e danno il criterio direttivo per l'interpretazione e per l'applicazione della legge ».

18 C.c., Lois préliminaires, art. 12.2 : « Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato ».

19 Raffaele TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milan, Giuffrè, 1990, pp. 169 et suiv.

20 Paolo GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, pp. 293 et suiv. ; Id., *La cultura del civilista italiano*, op. cit., pp. 73 et suiv. ; Giovanni CHIODI, « Filippo Vassalli », dans P. CAPPELLINI, P. COSTA, M. FIORAVANTI, B. SORDI (dir.), *Il contributo italiano alla storia del pensiero - Diritto*, op.cit., pp. 563 et suiv. ; Giovanni Battista FERRI, « Vassalli, Filippo », dans I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (dir.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, II, pp. 2022-2025.

21 P. CAPPELLINI, « Il fascismo invisibile », op. cit., pp. 201-202 nt. 32.

22 C. SALVI, « La giusprivatistica fra codice e scienza », op. cit., p. 258 ; I. Stolzi, *L'ordine corporativo*, op. cit., pp. 295-296.

23 P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, op.cit., pp. 85 et suiv. ; Massimo BRUTTI, Vittorio Scialoja, Emilio Betti : *due visioni del diritto civile*, Turin, Giappichelli, 2013, pp. 101 et suiv. ; Tonino GRIFFERO,

rédacteurs du code de procédure civile, devenu après la Libération une des voix les plus passionnées et passionnantes de l'antifascisme républicain²⁴.

Précisément Calamandrei sera un autre juriste qui contestera la nécessité d'abolir les codes promulgués pendant le fascisme, non seulement le code de procédure civile, à l'écriture duquel il avait collaboré avec d'autres collègues de grande autorité comme Enrico Redenti²⁵ et Francesco Carnelutti²⁶, mais du code civil lui-même, en définissant une « arnaque » la croyance de son caractère fasciste²⁷. Il niait que le code civil de 1942 eût été le produit d'une révolution sociale, comme le code Napoléon fut le produit de la révolution sociale de 1789 ; il préférait plutôt voir « une évolution presque séculaire – ce sont les mots de Calamandrei lui-même – qui démarre en 1865 [date du premier code civil de l'État unitaire italien] et dont le fascisme n'a rien fait d'autre que de marquer avec son propre emblème le point d'arrivée »²⁸. On peut donc parler d'une conception « continuiste » de Calamandrei, qui écrivait :

« Le fascisme, ainsi qu'il n'a pu pendant ses vingt ans empêcher les arbres de continuer à pousser leurs feuilles chaque printemps, n'a pu empêcher la pensée scientifique de continuer à défendre, avec une obstination fidèle et souterraine, la continuité entre le passé et l'avenir »²⁹.

On peut constater, en définitive, les positions convergentes de Piero Calamandrei et de Filippo Vassalli, unis dans la conviction, quoique avec des arguments différents, que les codes de l'ère fasciste, et en particulier le code civil, devaient être maintenus, pour la simple raison qu'ils n'étaient pas fascistes, sinon pour quelques « obscénités » (*sconcezze* en italien)³⁰, comme les articles du code civil qui renvoyaient à la race, tel

« Emilio Betti », dans P. CAPPELLINI, P. COSTA, M. FIORAVANTI, B. SORDI (dir.), *Il contributo italiano alla storia del pensiero – Diritto*, op.cit., pp. 761 et suiv. ; Salvatore TONDO, « Betti, Emilio », dans I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (dir.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, I, pp. 243-245.

24 Alessandro GALANTE GARRONE, *Calamandrei. Biografia morale e intellettuale di un grande protagonista della nostra storia*, Monte Porzio Catone, Effepi Libri, 1987 ; P. GROSSI, *Nobiltà del diritto*, op.cit., pp. 33 et suiv. ; Nicolò Trocker, « Piero Calamandrei », dans P. CAPPELLINI, P. COSTA, M. FIORAVANTI, B. SORDI (dir.), *Il contributo italiano alla storia del pensiero – Diritto*, op.cit., pp. 598 et suiv. ; Bernardo SORDI, « Calamandrei, Piero », dans I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (dir.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, op.cit., I, pp. 377-381.

25 Carlo VELLANI, « Redenti, Enrico », dans I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (dir.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, op.cit., II, pp. 1665-1667.

26 Mauro ORLANDI, « Carnelutti Francesco », dans I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (dir.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, op.cit., I, pp. 455-459.

27 Piero CALAMANDREI, « Sulla riforma dei codici, la truffa delle etichette » (Mars 1945), in Id., *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Florence, Vallecchi, 1995, pp. 64 : « Così molte volte il fascismo ha fatto suoi, forse senza accorgersene, istituti che, a ben guardare, erano in contrasto cogli stessi principi della sua "rivoluzione" : anche la denominazione di "rivoluzionari" con cui sono stati qualificati i codici cosiddetti mussoliniani, è stata dunque una truffa, alla quale, a forza di dirlo, hanno finito col credere gli stessi truffatori ! ».

28 Ivi, p. 68 : « ... né si può qualificare come "fascista" o come "rivoluzionaria" una codificazione che, per gran parte, ha rappresentato soltanto il risultato di una evoluzione quasi secolare, che si iniziò dal 1865, e di cui il fascismo altro non ha fatto che segnare col proprio emblema il punto d'arrivo ».

29 Ivi, p. 62 : « Il fascismo, come non ha potuto durante il suo ventennio impedire agli alberi di continuare a metter foglie ad ogni primavera, così non ha potuto impedire al pensiero scientifico di continuare a difendere, con fedele sotterranea ostinazione, la continuità tra il passato e l'avvenire ».

30 Ivi, pp. 57-58 : « Certamente era necessario cancellare subito dai codici alcune più repugnanti sconcezze, che, per ragioni diciamo così di decenza, non si potevano lasciare in vigore un giorno di più dopo la caduta del fascismo: alludo a tutte quelle disposizioni, isolate o facilmente isolabili, che erano state inserite alla

que l'alinéa 3 de l'article 1, déjà cité³¹, et les différents alinéas des articles 2295³², 2328³³, 2475³⁴ et 2518³⁵ en matière commerciale, qui obligeaient les sujets intéressés à déclarer leur race, sans compter le corporatisme, qui informe le livre 5 entier du code, dédié au travail et à l'entreprise. Mais si Vassalli estimait, comme nous l'avons déjà vu, que l'influence de la Charte du travail de 1927 et de son corporatisme sur le code civil ne devait pas être reliée « nécessairement à une orientation politique révolue et détestée »³⁶, Calamandrei à son tour se déclarait sûr que les normes liées directement à l'idéologie fasciste étaient facilement isolables, « comme de petites bestioles parasites qu'on arrache avec des pincettes et qu'on jette dans la poubelle »³⁷. Et en effet quelques-unes de ces bestioles avaient été déjà éliminées avec le décret 287 de 1944³⁸ et d'autres encore auraient été supprimées dans les années suivantes.

À rompre cette harmonie il n'y avait pas beaucoup de voix dissonantes. Contre-courant, bien que presque isolé, fut le commercialiste Lorenzo Mossa³⁹, qui, dès 1945, engagea une polémique très âpre contre la conservation des codes fascistes, à commencer précisément par le code civil :

« Quand un code représente essentiellement un régime brisé et une gloire tombée dans la lâcheté et la boue, quand il représente le deuil et le tourment du peuple et commémore les heures sinistres, opaques de notre histoire, il n'y a qu'un pas faire, la destruction »⁴⁰.

superficie dei codici per dare ad essi il colore del regime, e che si son potute cancellare senza per questo alterare menomamente la struttura giuridica degli istituti entro i quali avevano preso stanza ».

31 Cf. *supra*, nt. 12.

32 Code civil (1942), art. 2295 (*Delle società in nome collettivo*): « L'atto costitutivo della società deve indicare : 1) il cognome e il nome, il nome del padre, il domicilio, la cittadinanza e la razza dei soci... ».

33 Code civil (1942), art. 2328 (*Società per azioni*): « La società deve costituirsi per atto pubblico. L'atto costitutivo deve indicare : 1) il cognome e il nome, il nome del padre, il domicilio, la cittadinanza e la razza dei soci... ».

34 Code civil (1942), art. 2475 (*Dell'amministrazione della società e dei controlli*): « La società deve costituirsi per atto pubblico. L'atto costitutivo deve indicare : 1) il cognome e il nome, il nome del padre, il domicilio, la cittadinanza e la razza di ciascun socio... ».

35 Code civil (1942), art. 2518 (*Delle società cooperative*): « La società deve costituirsi per atto pubblico. L'atto costitutivo deve indicare : 1) il cognome e il nome, il nome del padre, il domicilio, la cittadinanza e la razza dei soci... ».

36 Filippo VASSALLI, « Motivi e caratteri della codificazione civile », *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1, 1947, p. 85, in ID., *Studi giuridici*, III.2, Milan, Giuffrè, 1960, p. 614 : « Un osservatore superficiale o politicamente prevenuto potrebbe credere che con ciò il codice si ricolleghi necessariamente a un indirizzo politico tramontato e inviso ».

37 P. CALAMANDREI, « Sulla riforma dei codici », *op.cit.*, pp. 57-58 : « ... come bestiole parassite che si estirpano con le pinzette e si buttano nella spazzatura ».

38 Décret législatif du Lieutenant 14 septembre 1944, n. 287, « Provvedimenti relativi alla riforma della legislazione civile ».

39 Irene STOLZI, « Lorenzo Mossa », dans P. CAPPELLINI, P. COSTA, M. FIORAVANTI, B. SORDI (dir.), *Il contributo italiano alla storia del pensiero - Diritto*, *op.cit.*, pp. 529 et suiv. ; Antonello MATTONE, « Mossa, Lorenzo », dans I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (dir.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, *op.cit.*, II, pp. 1392-1395.

40 Lorenzo MOSSA, « Per il diritto dell'Italia », *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 43, 1945, p. 3 : « Quando un codice rappresenta essenzialmente un regime infranto ed una gloria caduta nella viltà e nel fango, quando rappresenta con esso il lutto ed il tormento del popolo, e commemora le ore sinistre, opache della nostra storia, non c'è che un passo : la distruzione ».

L'acte d'accusation est total et ne permet pas de médiations. Bien que minoritaire, la position de Mossa reflétait les contestations d'une partie significative des avocats, qui déjà au lendemain du 25 juillet 1943, à Rome, par exemple, organisèrent un bûcher d'un certain nombre de copies du code civil et du code de procédure civile de 1942 pour exprimer leur orientation favorable à son abolition et à la remise en vigueur du code libéral de 1865⁴¹ : des contestations que Calamandrei voyait comme une forme de malaise compréhensible après les années d'« illégalisme » fasciste⁴², mais qui n'aurait pas dû trancher le fil rouge du vrai légalisme⁴³, présent, bien sûr, dans le nouvel ordre de la république constitutionnelle, mais qu'il était possible d'identifier aussi dans l'ensemble juridique et systématique du code civil de 1942, tel que la meilleure doctrine scientifique avait été capable de le concevoir.

Lorenzo Mossa, de son côté, critiquait directement le ministère de la justice du premier gouvernement d'après-guerre, qui, à son avis, s'était rendu responsable de choisir comme consultants exclusivement des juristes qui avaient contribué directement à la rédaction des codes, justement comme Vassalli et Calamandrei, tandis qu'étaient au contraire restés exclus « les juristes qui furent ennemis du Régime Fasciste »⁴⁴. Mossa arrive à accuser, bien que sous une forme voilée, une certaine science juridique italienne d'avoir collaboré avec le régime de Mussolini. À son avis, ces juristes-là n'ont pas le droit de modifier les codes qu'eux-mêmes ont contribué à rédiger : ils « ne représentent pas le peuple italien, et ne représentent pas les juristes de la liberté »⁴⁵. Et encore : Mossa estime que la continuité entre le fascisme et l'état démocratique incarnée par le code civil est fonctionnelle aux intérêts du capitalisme italien et, en particulier, des grands monopoles organisés dans les sociétés de capitaux : « Le législateur italien, qui avait accepté de donner forme légale aux ordres occultes de la grande industrie, rendit dans cette partie du Code [livre V, titre V, chapitre V, *De la société de capitaux*] les services les plus désirés »⁴⁶.

41 Franco CIPRIANI, « Gli avvocati italiani e l'esperienza fallita (il codice processuale civile 1942) », in *Rassegna forense*, 30.1, 1997, p. 185.

42 Piero CALAMANDREI, « Sulla riforma dei codici », *op. cit.*, pp. 59-60 : « In un momento in cui si parla tanto di epurazione, può parere strano che non si cominci ad epurare i codici, che riproducono, fissata in articoli, la fisionomia giuridica del tempo fascista : mentre da tante parti si sente invocare il ritorno al senso della legalità, non ha torto chi osserva che un tale ritorno non sarà praticamente possibile finché continueranno ad esserci imposte leggi di marca fascista, che rappresentano alla nostra coscienza la espressione sopravvissuta e lugubre di un regime di odioso illegalismo finalmente crollato. /Tutto questo è esatto. Ma basta questa situazione di innegabile ambiguità e disagio, questa tormentosa incertezza che deriva dal trovarsi così, anche per quel che riguarda i codici, tra due mondi, a render plausibile una immediata radicale riforma di essi, o addirittura, come alcuni sostengono, la loro immediata abolizione ? ».

43 Sur la difficile relation légalité/justice/politique, sur laquelle Calamandrei s'interrogeait pendant les années entre la guerre et la République, voir Floriana COLAO, « "Le leggi sono leggi". Legalità, giustizia e politica nell'Italia di Piero Calamandrei », in *Giornale di Storia Costituzionale*, 35 (2018), pp. 177 et suiv.

44 L. MOSSA, « Per il diritto dell'Italia », *op. cit.*, pp. 3-4, nt. 5 : « Non è razionale, e richiede una spiegazione, il silenzio osservato dai politici italiani innanzi al Codice Civile dei fascisti. Una commissione ministeriale fu nominata da un Ministro della Giustizia Tupini, e non si rinnovò dal ministro Palmiro Togliatti. In questa sede ci limitiamo a dire che non fu rispettato neppure il gioco dell'alchimia dei partiti. Ci basta dire che ne sono esclusi i giuristi che furono nemici del Regime Fascista, e vi sono domini i responsabili del Codice Fascista ».

45 Ivi, p. 3 : « Oggi non possiamo sopportare che al codice della tirannide siano portate semplici modificazioni, da commissioni che non rappresentano il popolo italiano, e non rappresentano i giuristi della libertà. Non possiamo ammettere un'opera di epurazione per il codice, sulla riga anch'essa falsa delle epurazioni ridicole e inconsistenti ».

46 Lorenzo MOSSA, « Verità sul codice civile fascista », *Monitore dei tribunali. Giornale di legislazione e giurisprudenza civile e penale*, 4, 28 février 1947, p. 53 : « Era inutile proclamare la socialità della impresa se

J'ai déjà dit que la voix de Mossa fut isolée dans le parterre académique. Ceux qui le contredirent le firent sur la base de deux arguments simples et, tout compte fait, bien raisonnables : 1. avant d'abolir ou de réformer les codes, il fallait attendre la nouvelle constitution, sur la base de laquelle il était possible de considérer le sort du code civil ; 2. pour rendre croyable la proposition d'abolir le code de '42, il fallait proposer une alternative, c'est-à-dire indiquer ce qu'il fallait mettre à sa place. Ce fut Giuseppe Ferri, commercialiste lui aussi⁴⁷, qui, dans une contribution publiée dans *Il foro italiano* en 1946, attaqua le collègue :

« Donc, Mossa veut supprimer le code civil de 1942. C'est une solution possible et elle pourra être une solution même nécessaire, quand les bases de la nouvelle constitution actuellement à l'étude seront connues. [...] La destruction ne peut pas être une fin en soi, mais elle doit être la condition préalable d'une reconstruction... Mossa se limite à détruire, il ne fait aucune proposition quant à la manière de combler le vide laissé par sa destruction »⁴⁸.

Pour achever cette petite étude sur le maintien en vigueur de codes fascistes dans l'Italie démocratique, je voudrais ajouter quelques mots à propos du maintien du code pénal de 1930, ledit *code Rocco*, du nom du ministre de la justice qui le promulgua, Alfredo Rocco⁴⁹, dont le frère, Arturo⁵⁰, fut le pénaliste qui contribua en grande partie à sa rédaction. Le paradoxe de son maintien est certes encore plus évident que pour le code civil, puisque le *code Rocco* fut conçu précisément pour substituer le code libéral de 1889, ledit code Zanardelli, et donc pour imprimer un caractère répressif au système pénal et pour durcir les peines : bref, pour donner un authentique esprit fasciste au pouvoir de l'État de punir⁵¹. Il est vrai que le code garde les principes libéraux de légalité, de précision, de non-rétroactivité, etc., mais il est également vrai que le même code non seulement réintroduit la peine de mort et criminalise la lutte

il principio non si reincarnava nella disciplina del capitalismo che regge la massa potente delle imprese economiche. [...] Il legislatore italiano che aveva accettato di dare forma legale ai comandi occulti della grande industria rese in questa parte del codice i servizi più desiderati... ».

- 47 Mario STELLA RICHTER, « Ferri, Giuseppe », dans I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (dir.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, op.cit., I, pp. 852-854.
- 48 Giuseppe FERRI, « Del codice civile, della codificazione e di altre cose meno commendevoli », *Il Foro Italiano*, 69, 1944-46, pp. 35-36 : « Mossa vuole adunque sopprimere il codice civile del 1942. È questa una soluzione possibile e potrà essere anche una soluzione necessaria, quando saranno conosciute le basi della nuova costituzione attualmente allo studio. Mossa però non ritiene di potere attendere e pone il problema della soppressione come un problema immediato e improrogabile. Non si può arrivare sino alla nuova costituzione con un codice fascista! [...] Si può distruggere, ma a patto di riedificare; si può eliminare un codice, ma a patto di sostituirlo con un altro migliore e cioè più moderno e aderente alla vita. La distruzione non può essere fine a sé stessa, ma deve essere il presupposto di una ricostruzione. [...] Mossa si limita a distruggere, nessuna proposta egli fa circa il modo di colmare il vuoto lasciato dalla sua distruzione ».
- 49 Giuseppe SPECIALE, « Alfredo Rocco », dans P. CAPPELLINI, P. COSTA, M. FIORAVANTI, B. SORDI (dir.), *Il contributo italiano alla storia del pensiero - Diritto*, op.cit., pp. 559 et suiv. ; Pietro COSTA, « Rocco, Alfredo », dans I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (dir.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, op.cit., II, pp. 1701-1704.
- 50 Loredana GARLATI - Marco Nicola MILETTI, « Rocco, Arturo », dans I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (dir.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, II, pp. 1704-1708.
- 51 Cf. Guido NEPPI MODONA - Marco PELISSERO, « La politica criminale durante il fascismo », dans Luciano VIOLANTE, *La criminalità*, Turin, Einaudi, 1997, pp. 759 et suiv. (R. ROMANO - C. VIVANTE [dir.], *Storia d'Italia*, 12, *Annali*) ; Mario SBRICCOLI, « Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica civile italiana negli anni del fascismo », dans ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milan, Giuffrè, II, 2009, pp. 1001 et suiv.

syndicale, mais surtout envisage une voie parallèle aux sanctions ordinaires infligées par jugement, c'est-à-dire l'instrument de défense sociale constituée par les mesures de sûreté, imposées par l'autorité de police directement et de façon discrétionnaire, sans passer par la validation judiciaire⁵². En plus, il y avait le code de procédure pénale, promulgué dans la même année, qui était caractérisé par un procès inquisitoire géré prioritairement par le procureur⁵³ ; un cadre qui sera radicalement changé une première fois en 1989, année d'entrée en vigueur du nouveau code de procédure pénale, et ensuite en 1999, quand fut approuvé l'art. 111 de la Constitution contenant le principe dudit « giusto processo » (« procès équitable »)⁵⁴.

Les juristes de l'époque estiment, au contraire, que le code Rocco est en continuité avec le code Zanardelli et que la science juridique, au moyen de son formalisme technique, a élevé un barrage contre les influences idéologiques⁵⁵ – en cohérence avec ce qu'avait proclamé le ministre Alfredo Rocco même dans sa relation au roi :

« Dans mes Relations et dans mes discours au Parlement je remarquai que pour la réforme du code pénal il fallait intégrer et achever les normes du code du 1889... Ce qui en effet est arrivé, de sorte que l'essence du droit pénal italien reste intacte, alors que la réforme consiste en l'application de principes plus providentiels de politique législative pénale, à l'intérieur de nouvelles institutions juridiques, dans le cadre des perfectionnements techniques qui, quoiqu'importants, ne modifient pas les bases historiques traditionnelles de notre droit et les principes scientifiques desquels il s'inspire »⁵⁶.

Cette conviction réussit à mettre d'accord des juristes de différente extraction culturelle. Par exemple, Vincenzo Manzini, grand pénaliste, fasciste convaincu, fortement engagé dans la rédaction du code Rocco⁵⁷, pouvait écrire, en 1948, que « bien qu'émis en régime fasciste, le Code de 1930 respecte les principes du code de 1889, et contient, dans la partie spéciale, très peu de dispositions inspirées à des idées ou à des intérêts fascistes »⁵⁸.

52 Guido NEPPI MODONA, « La pena nel ventennio fascista », dans P. CAPPELLINI, P. COSTA, M. FIORAVANTI, B. SORDI (dir.), *Il contributo italiano alla storia del pensiero – Diritto*, op.cit., pp. 537 et suiv.

53 Cf. Guido NEPPI MODONA, « Quali giudici per quale giustizia nel ventennio fascista », dans Loredana GARLATI, *L'inconscio inquisitorio nella cultura processualpenalistica italiana*, Milan, Giuffrè, 2010, pp. 209 et suiv.

54 Cf. Oliviero MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milan, Giuffrè, 2011.

55 Mario SBRICCOLI, « La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita », dans Id., *Storia del diritto penale*, op.cit., I, pp. 573-590.

56 Alfredo ROCCO, *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli... Presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930-VIII per l'approvazione del testo definitivo del Codice Penale*, Rome, Istituto Poligrafico dello Stato, (*Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia*, n. 251), 1930, p. 4446 : « Nelle mie Relazioni e nei miei discorsi al Parlamento io osservai che per la riforma del codice penale era necessario integrare e completare le norme del codice del 1889... Così è appunto avvenuto, di modo che l'essenza del diritto penale italiano rimane intatta, mentre la riforma consiste nell'applicazione di più provvidi principi di politica legislativa penale in nuovi istituti, in perfezionamenti tecnici, che, per quanto importanti, non modificano le basi storiche tradizionali del nostro diritto e i principi scientifici a cui si ispira ».

57 Alberto BERARDI, « Manzini, Vincenzo », dans I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (dir.), *Dizionario Biografico degli Italiani*, op. cit., II, pp. 1263-1265.

58 Vincenzo MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Turin, Utet, 1948, I, p. 74 : « Ancorché emesso in regime fascista, il Codice del 1930 mantiene fede ai principî di quello del 1889, e di disposizioni ispirate a idee o a interessi fascisti ne contiene ben poche, nella parte speciale ».

On peut retrouver une déclaration de la même teneur faite par Giovanni Leone⁵⁹, démocrate-chrétien, futur président de la République italienne, qui, en 1945, écrivait :

« ... les pénalistes italiens, durant les vingt années fascistes, ont résisté, avec l'esprit de la plus courageuse indépendance, à toute tentative d'infiltration du fait politique dans le système pénal traditionnel, lequel, par effet de cette attitude, est resté, au moins dans les grandes lignes, à l'abri de toute contamination politique »⁶⁰.

Donc, en définitive, la majorité des juristes italiens, tant civilistes que pénalistes, étaient d'accord pour estimer que les codes de 1930 et de 1942 furent, dans une large mesure, le produit de la science juridique, laquelle, au moyen d'un formalisme technique hérité du droit civil romain et de la doctrine pénaliste de l'âge libéral, avait été capable de résister aux influences politiques et idéologiques du fascisme.

Avant de conclure, on peut proposer un dernier élément de réflexion et de contexte historique. Un des moments les plus controversés après la fin de la guerre et pendant les années des premiers gouvernements républicains fut l'amnistie décrétée le 22 juin 1946 par le ministre de justice et secrétaire du Parti communiste italien Palmiro Togliatti, grâce à laquelle furent pardonnés les délits politiques de la grande partie de ceux qui s'étaient compromis avec le régime fasciste⁶¹. Outre la volonté d'apaiser le Pays après la guerre civile, comme fondement de cette amnistie il y avait aussi la conscience que le nouvel État républicain n'aurait pas été capable de fonctionner sans l'apport du personnel bureaucratique et judiciaire qui avait travaillé pendant les années du fascisme et qu'une épuration trop sévère aurait abîmé irréparablement la machine étatique⁶².

En résumé, deux facteurs surtout déterminèrent le maintien des codes promulgués en période fasciste : le premier fut la conviction de la majorité des juristes italiens, et spécialement de ceux qui avaient collaboré à leur rédaction, que la structure portante des codes de 1930 et 1942 avait été définie par la science juridique en termes formalistes et donc qu'elle était restée imperméable à l'influence politique et idéologique du fascisme ; le second fut le climat politique des années après la guerre, qui semblèrent exiger un apaisement interne à la Nation, réalisé à travers une amnistie très contestée, mais qui permit la continuité de la machine judiciaire grâce au travail des juges, même de ceux qui s'étaient compromis avec le fascisme.

59 Marco Nicola MILETTI, « Leone, Giovanni », dans I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI (dir.), *Dizionario biografico degli Italiani*, op. cit., I, pp. 1163-1166.

60 Giovanni LEONE, « La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio », *Archivio penale* I, 1945, p. 28 : « ... i penalisti italiani, nel ventennio fascista, hanno resistito, con lo spirito della più coraggiosa indipendenza, a qualsiasi tentativo di infiltrazione del dato politico nel tradizionale sistema penale, il quale, per effetto di questo atteggiamento, è rimasto, per lo meno nelle grandi linee, salvo da ogni contaminazione politica ».

61 Mimmo FRANZINELLI, *L'amnistia Togliatti. 22 giugno 1946: un colpo di spugna sui crimini fascisti*, Milan, Mondadori, 2006.

62 P. CAPPELLINI, « Il fascismo invisibile », op.cit., pp. 80-81.